

COVID/19, PROCESSO ESTRUTURAL E ATIVISMO JUDICIAL

OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ

Advogado. Pós-doutor em Direito pela UERJ.

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito e Estado pela Unb.

Diretor do IBDP. Professor do mestrado/doutorado do IDP.

1 – Considerações iniciais

A cada dia toma-se de conhecimento de uma nova decisão judicial sobre distribuição de medicamentos e equipamentos de proteção, formas de investimento do dinheiro público destinado à saúde, etc.

A judicialização é natural, notadamente com o grande número de atores individuais e coletivos e considerando o amplo conhecimento e a ampla proteção a direitos e deveres, pela legislação.

Mas, principalmente em momentos críticos, onde decisões rápidas e certas devem ser tomadas, importante ter em mente a divisão de competências entre os Poderes. Ordens simultâneas ou interrupção de programas e atividades em curso, com interferências na esfera típica de outro Poder podem causar inúmeros prejuízos.

Imaginemos a distribuição de medicamentos em um Estado, se cada juiz de cada Município decidir sobre o número de caixas para cada hospital? Ou se decidir se a utilização de determinado aparelho deve ser prioritária para dado tipo de paciente? E, ainda, se cada um decidir por fixar detalhes da forma de trabalho para cada enfermeiro ou médico, a despeito de normas já estabelecidas pelas autoridades competentes? O caos estará instaurado.

Essa reflexão remete à análise da extensão e da correta utilização dos processos estruturais, bem como dos limites para a atuação do Poder Judiciário (ativismo judicial).

2 – Considerações sobre o processo estrutural¹

¹ Sobre o tema, vide nosso artigo *O processo estrutural enquanto forma de objetivação e o ativismo judicial* in Revista de Processo RePro 297, de novembro de 2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

O Poder Judiciário tem, cada vez mais, deparado-se com situações que fogem da concepção tradicional da litigiosidade clássica - onde há uma demanda julgada mediante a realização do contraditório e a garantia da ampla defesa, que termina com uma sentença que resolve a lide. São litígios bipolares – um pede e o outro resiste à pretensão.

O número de litígios envolvendo interesse público e fora da bipolaridade clássica (além dos processos coletivos que, bem ou mal, inserem-se também na tradição subjetivista individualista) é cada vez maior. Basta notar o grande número, no contexto atual da Covid/19, de decisões acerca de distribuição de medicamentos, regulação sobre o funcionamento de estabelecimentos, etc..

Os chamados processos estruturais inserem-se nesse contexto de quebra do papel tradicional do Poder Judiciário. De ruptura com a concepção tradicional de lide. Envolvem, por regra, uma multiplicidade de interesses, uma multiplicidade de “partes” afetadas e relacionam-se ao trato de litígios de interesse público ou casos altamente complexos.

Em um processo binário tradicional, a ação judicial é marcada por uma competição entre dois interesses, colocados em posições opostas, e a lide em geral é retrospectiva, resolvendo um problema pretérito. Leonardo Medeiros Júnior² adverte que esse modelo não funcionará “com um litígio complexo e multipolar, característica marcante dos litígios que buscam a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário”, Daí, a necessidade de pensar em um processo estrutural, até porque as decisões dele emanadas, na visão do mesmo autor, “buscam implantar medidas que envolvem uma atuação judicial proativa, em regra atrelada à atuação dos outros Poderes do Estado, responsáveis pela elaboração e concretização das políticas públicas.”

A ideia de processo estrutural (*structural injunction*) nasceu nos EUA, notadamente quando juízes federais procuraram implementar uma decisão da Suprema Corte de 1954 (*Brown x Board of Education*)³. Tratou-se de impor a transformação do sistema educacional americano, então dividido em dois (escola para negros separadas de escolas para brancos), para apenas um, unitário, não racial. Mariela Puga bem destaca que os

² MEDEIROS JÚNIOR, LEONARDO. *Processo estrutural consequencialista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 84.

³ Mariela Puga bem anota que não se deve falar no caso *Plessy* como paradigma de processo estrutural, pois ele pode ser visto como tal apenas sob a perspectiva dos demandantes, mas não do litígio judicial (*La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education* in ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 109).

detalhes do caso Brown deixam clara a característica do processo estrutural – função “performativa”, que permite expandir o terreno do judicializável, alcançando práticas que estariam fora do que previamente se entendia possível de consubstanciar um debate judicial⁴.

E vale destacar que ele surgiu de uma forma mais pragmática e menos teórica – havia um problema a ser resolvido na prática (implementação de uma decisão). A partir daí construiu-se e moldou-se a atuação do Judiciário.

Marco Félix Jobim⁵ bem anota que se deve, em um primeiro momento, encarar que só se pode tentar conceder validade a uma teoria autônoma do processo estrutural estudando “como teriam essas técnicas legitimidade democrática para, em algum momento, implementar políticas públicas já existentes e não eficazes ou instituí-las”. E, em outro momento, trabalhar o Poder Judiciário como normatizador – “como intérprete, dotando de sentido os textos normativos para que possam legitimar as políticas implementadas ou instituídas”. Essa, a função de um processo estrutural, devendo haver uma conformação de um processo legitimamente democrático o suficiente de onde seriam expedidas ordens em decisões judiciais com a intenção de concretizar os sentidos normativos que o texto constitucional promete, notadamente nos textos que garantem direitos fundamentais.

O processo estrutural pressupõe uma nova leitura de processo, baseado em um contraditório forte, cooperação (entre os envolvidos) e legitimidade (participação de terceiros). O atual Código de Processo Civil, nessa linha, embora não trate especificamente de litígios estruturais, avançou muito por preocupar-se com esses três pilares.

Sérgio Cruz Arenhart⁶ destaca que “uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio”. Diferentemente do litígio tradicional, estruturado de forma bipolar – com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo à pretensão – o conflito estrutural tem a outra lógica - da “formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”.

⁴ *Id.* p. 134.

⁵ *Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais* in ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 459.

⁶ *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes* in ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. pp. 423-424.

Owen Fiss anota que a reforma estrutural baseia-se na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos e na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não poderiam ser totalmente assegurados, sem mudanças básicas nas estruturas das organizações. Nas suas palavras, o processo estrutural é aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, “incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.”⁷

Sem dúvida que, a partir das decisões tomadas pelo Poder Judiciário e da doutrina construída a partir e como base para elas, pode-se resumir que o processo estrutural guarda relação com grandes conflitos de interesse público e estratégico, busca implementar reformas nas estruturas organizacionais e na burocracia estatal e está também ligado à efetivação de direitos de litígios complexos, notadamente os fundamentais.

Válida, por fim, a advertência de Leonardo Medeiros Júnior de que, para não haver a vulgarização, o modelo de processo estrutural deve ser adotado “quando ocorrer a existência da recalcitrância ou prolongada inércia do Poder Público na implementação de direitos fundamentais.”⁸ Na mesma linha, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Flávia Pereira Hill⁹.

3 - O ativismo judicial

Sabe-se que a busca pelo ideal da segurança jurídica pós Revolução Francesa levou ao ideal de clareza nas leis e à limitação à atividade interpretativa. Pregava-se que o juiz deveria limitar-se a aplicar a lei produzida pelo Poder Legislativo ao caso concreto em um processo de subsunção.

Basta notar o emblemático artigo 4 do Código de Napoleão segundo o qual “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da

⁷ *As formas de Justiça in* COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 119-173.

⁸ MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 85.

⁹ *Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional in* ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 234.

insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”. O artigo claramente estabelece que o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida e, havendo silêncio, deve recorrer ao próprio sistema legislativo que no seu interior tem a resposta. Bobbio bem chama de “dogma da onipotência do legislador”¹⁰.

Nesse contexto é que se fundou, por exemplo, a Escola da Exegese, na França, que limitava o papel do intérprete a uma interpretação passiva e mecânica das leis.

Esse, um exemplo do positivismo jurídico, que marcou o pensamento e as teorias sobre interpretação jurídica no século XIX. A origem do positivismo está ligada à própria formação e consolidação do Estado moderno, marcado pelo que Norberto Bobbio chama de “monopolização da produção jurídica por parte do Estado”¹¹.

Pode-se, assim, afirmar que o positivismo no século XIX nasceu como a doutrina que valorizava o direito positivo, o direito posto pelo Estado soberano, que concebia a lei como fonte do direito. E a segurança residia na aplicação estrita da lei, sem grandes atividades interpretativas ou muita valoração por parte dos magistrados.

Ainda no século XIX, observaram-se algumas reações, mas, no século XX, Kelsen trabalhou a hierarquia das normas como forma de dar segurança jurídica e guiar a atividade interpretativa e admitiu a impossibilidade do controle estrito da interpretação e a existência de um espaço a ser preenchido pelo julgador ao proferir a decisão concreta¹².

Muito embora o positivismo kelseniano tivesse a pretensão de construir uma teoria avaliativa do direito, de enquadramento interpretativo a partir da conformidade das normas inferiores com as normas superiores, não deixou de reconhecer uma margem de liberdade hermenêutica.

Principalmente, partir da década de 50, todavia, é que, após vários debates, começa-se a falar em pós-positivismo jurídico. Segundo Maria Cristina Peduzzi, principalmente nos Estados Unidos, a partir de discussões entre dois modelos antagônicos de atuação dos juízes denominados *moderação judicial* e *ativismo judicial*, foi abandonada a esperança de controlar a interpretação legal, surgindo “uma nova questão: considerando a textura aberta do direito, que postura devem os juízes adotar ao interpretar a lei?”¹³

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 27.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 388.

¹³ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI in* Revista LTr n. 7, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015 p. 801.

Enquanto a moderação judicial prega uma postura mais contida dos juízes, limitada no controle dos atos do Poder Legislativo (mais formal do que material), o ativismo judicial defende uma conduta mais ativa na interpretação das normas principalmente de conteúdo aberto, buscando sempre a justiça (ainda que não adequando a decisão à Constituição, aos precedentes, etc).

Vale lembrar que se atribui a Arthur Schlesinger, jornalista da *Fortune Magazine*, a criação do termo ativismo, a partir de um artigo publicado em 1947¹⁴, no qual foram examinados os perfis dos magistrados da Suprema Corte norte-americana e, a partir da análise, foi feita uma divisão em dois grandes grupos – os ativistas (*judicial activists*) e os de autocontenção (*self-restraint*). Aqueles teriam um papel mais afirmativo (pró-política, bem estar social, etc.) e estes teriam, ao contrário, uma postura de maior respeito aos demais Poderes (separando mais a política do direito).

No nosso entender, o ativismo põe em risco a segurança, valor fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito. Não que a atividade interpretativa deva ser absolutamente controlada e avaliativa. Longe disso. Tampouco deve haver limitações a aspectos formais de controle das leis. O que se defende é que um mínimo de previsibilidade haja na interpretação, a partir da análise dos princípios e regras do ordenamento como um todo, mas sempre em obediência ao papel do legislador, às normas constitucionais, aos precedentes.

Elival da Silva Ramos, quanto ao ativismo, bem destaca que:

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”¹⁵

¹⁴ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*. v. 92, p. 1446.

¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 14.

Dworkin é um grande crítico do ativismo, chegando a afirmar que o ativista ignora o texto da Constituição, a história constitucional, os precedentes da Suprema Corte, “tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”¹⁶.

A opção de Dworkin é por um caminho intermediário, entre o ativismo e a moderação ou passivismo judicial. Segundo sua teoria do direito enquanto integridade, o juiz deve se utilizar dos precedentes, da legislação e do sistema de princípios pressupostos. Nas suas palavras, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade “decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos”¹⁷.

Dworkin defende que os juízes devem ir além de um controle procedimental do Poder Legislativo (combatendo os moderados e os positivistas clássicos) e sustenta que, ao contrário dos ativistas, os juízes não têm discricionariedade plena em sua atuação, estando limitados, segundo bem resumido por Maria Cristina Peduzzi, pela concepção de direito que “melhor justifique as práticas institucionais”¹⁸.

Os juízes, para Dworkin, devem buscar em cada decisão construída em concreto a unidade, coerência e plenitude do direito.

Não obstante seja contra o ativismo judicial, a teoria de Dworkin, até pela idealização do modelo hermenêutico e pela abertura a que juízes busquem identificar princípios que melhor justifiquem as decisões, pode dar margem a uma certa discricionariedade judicial. Mackie, referido por Rodolfo Luis Vigo, anota que a teoria de Dworkin permite aos juízes intervirem mais que os Poderes Executivos e Legislativo no Direito. Isso porque os juízes recorrem aos princípios, ainda que não positivados, reconhecendo-os¹⁹.

Robert Alexy também não pode ser considerado um ativista mas a sua teoria, da mesma forma, pode ser utilizada para fins de discricionariedade judicial (decidir de forma desapegada da lei, dos precedentes, com maior criatividade e liberdade).

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 452.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305.

¹⁸ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI in* Revista LTr n. 7, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015 p. 802.

¹⁹ VIGO, Rodolfo L.. *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. p. 59.

Após distinguir bem princípios, normas e trabalhar com os valores, Alexy dedica-se à máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como forma de dar segurança à decisão. E ainda doutrina que com a ponderação de valores se chega à decisão concreta, trabalhando com o sopesamento de critérios de valoração. Nas suas palavras, o modelo de sopesamento possibilita, de um lado, “a satisfação das justificadas exigências de consideração das relações fáticas e das regularidades empíricas e de uma detalhada dogmática dos direitos fundamentais específicos; de outro lado, ele evita as dificuldades em torno da idéia de análise do âmbito da norma.”²⁰

Segundo ainda Alexy, a decisão a ser tomada envolvendo normas jurídicas é uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou omitido:

“Com ela, a ação ou comportamento de uma ou várias pessoas é preferido em relação a outras ações ou comportamentos seus, isto é, um estado de coisas é preferido em detrimento de outro. Na base de tal ação de preferir está, contudo, a enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido e, portanto, uma *valoração* ou *juízo de valor*.”²¹

Anotou-se do risco (muito embora a intenção não seja fomentar o ativismo) de teorias pós-positivistas como as de Alexy e Dworkin poderem ser utilizadas como embasamento para o ativismo judicial – entendido como uma forma ampla, livre de dizer o direito, ainda que contra a lei, expressão positivada de uma norma.

Alguns teóricos contemporâneos têm criticado o ativismo judicial, preocupando-se com a segurança jurídica e a previsibilidade da regulação das condutas. Merecem destaque, Ran Hirschl e Jeremy Waldron.

Hirschl constata um movimento global, no constitucionalismo moderno, de transferência de poderes centrais e prerrogativas para o Poder Judiciário, notadamente a partir da constitucionalização de direitos e da delegação ao Judiciário de poderes de reconhecer e reafirmar os direitos (a partir de *judicial review* – controle difuso de constitucionalidade).

O professor da Universidade de Toronto defende que o aumento dos poderes dos juízes deriva da fraqueza do sistema político, na medida em que, num contexto

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015. 2 ed. p. 175.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: 2 ed, Landy Editora. pp. 37-38.

de ingovernabilidade política, a melhor forma de superação e de resolver os problemas é transferindo ou expandindo os poderes judiciais.

Maria Cristina Peduzzi bem resume que a “tese central é a de que a falta de governabilidade e a incapacidade estrutural da política majoritária corroem a autoridade dos Poderes Legislativo e Executivo, levando a uma situação de dependência do único Poder aparentemente ‘apolítico’ – o Judiciário.”²²

Hirschl também anota que fatores relacionados às elites políticas e econômicas colaboram para essa transferência na medida em que a constitucionalização e a judicialização levam à estabilidade, que dá segurança a investidores e, ainda, protegem a própria elite política das mudanças da política democrática²³.

Quanto à delegação por interesse das elites políticas, o autor também anota:

“O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Eu acredito que a constitucionalização de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade (difuso) resulte de um pacto estratégico liderado pelas hegemônicas mas ainda ameaçadas elites políticas, que procuram isolar suas preferências políticas contra a sorte da mutável política democrática, em conjunto com as elites econômicas e judiciais que têm interesses compatíveis. As mudanças que emergem daí refletem a combinação das preferências políticas e dos interesses profissionais desses grupos.”²⁴

A transferência de poderes e responsabilidades para o Judiciário dá espaço ao ativismo, até porque os Poderes Legislativo e o Executivo delegam decisões impopulares ao Poder que menos sofre consequências do ponto de vista de custo eleitoral. Hirschl, com sua tese da “preservação hegemônica”, vai nessa linha, e defende que o

²² PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI in* Revista LTr n. 7, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015 p. 803.

²³ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press. 2007. p. 37.

²⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press. 2007. p. 49. Tradução livre nossa de: “Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests. The changes that emerge reflect a combination of the policy preferences and professional interests of these groups.”

ativismo tende a se proliferar mais justamente nesse contexto – de delegações pelas elites econômicas, políticas e sociais ao Poder Judiciário, para não perderem sua influência. Decisões sobre questões complexas são transferidas para os julgadores, e a hegemonia das elites resta mantida.

O Judiciário por ser o teoricamente mais imparcial politicamente (dando confiança à população) e por ter os integrantes das Cortes Superiores escolhidos por influência da elite política, na visão de Hirschl, ameniza os riscos a curto prazo da delegação de poderes.

Mas o próprio professor da Universidade de Toronto adverte dos riscos e consequências a longo prazo – a ameaça à imparcialidade do Poder Judiciário²⁵.

Jeremy Waldron foca sua análise no enfraquecimento do Poder Legislativo e da própria credibilidade na legislação em contrapartida com o aumento de força do Poder Judiciário, que se incumbem de resolver e solucionar os grandes temas que afetam as sociedades contemporâneas.

Waldron tenta recuperar a dignidade da legislação e construir as bases para uma teoria normativa da legislação. Segundo ele, preocupa-se muito em estudar e trabalhar teorias normativas relacionadas à decisão judicial, esquecendo-se, em certa medida, de teorizar acerca da legislação. O que Dworkin fez pela teoria da decisão judicial, Waldron tenta fazer pela legislação, reconhecendo que, em geral, constrói-se um retrato idealizado do julgar e um de má fama do legislar²⁶.

E o professor neozelandês não deixa de, claramente, justo pelo contexto de desprezo da legislação e do fortalecimento do papel do Poder Judiciário, tecer críticas ao ativismo judicial. Maria Cristina Peduzzi bem resume que de acordo com Waldron, um Poder Judiciário mais ativista deve ser criticado por duas razões centrais, em primeiro lugar, ao se substituírem à sociedade nos debates públicos sobre o significado de direitos controversos, os juízes se distraem das questões centrais que deveriam ser discutidas e, em segundo lugar, o Judiciário não tem legitimidade para representar as posições políticas dos cidadãos.”²⁷

Waldron inicia sua tese, sobre a dignidade da legislação, reconhecendo que a atividade legislativa tem sido vista com preconceito pela comunidade

²⁵ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press. 2007. pp. 69-70.

²⁶ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 17-18).

²⁷ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI in* Revista LTr n. 7, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015 p. 806.

jurídica em geral, até pelo fato de os julgadores precisarem de uma formação específica e os legisladores não. Percebe, ainda, que as leis, que mudam muito em geral, são fruto da vontade de órgão composto por grande número de legisladores que muitas vezes discordam quanto ao conteúdo do texto legal.

Não obstante as constatações e as observações, Waldron sustenta ser possível defender a legislação como fonte legítima do direito. Para tanto, trabalha com Kant, Locke e Aristóteles, extraíndo dos autores idéias importantes para sustentar a relevância que a legislação deve ter²⁸.

Waldron pretende resgatar a dignidade da legislação e demonstrar que as Cortes Julgadoras não têm legitimidade democrática para decidir determinadas controvérsias perenes que deveriam ser solucionadas pelo Poder Legislativo. A legitimidade deste último Poder deve, assim, ser defendida e trabalhada.

Não que os juízes não tenham nenhuma legitimidade. Eles só não têm a ampla legitimidade democrática dos legisladores para debater matérias apreciadas e definidas no âmbito do Parlamento. Nas palavras de Maria Cristina Peduzzi, o ponto de Waldron “é que, num teste comparativo de legitimidade entre juízes e legisladores, os últimos têm maior legitimidade democrática do que os primeiros e, por isso, deveriam ter precedência institucional.”²⁹

Note-se a preocupação em valorizar a atividade legislativa em contrapartida à tendência moderna de supervalorização da atividade judiciária. O ativismo no Poder Judiciário é objeto de críticas de Waldron pois os juízes não podem se substituir ao legislador (únicos representantes legítimos dos cidadãos para representarem suas posições políticas). A substituição pelos magistrados não é possível nem sob o argumento de que o Judiciário tradicionalmente defende as minorias contra a maioria (até porque no mais das vezes isso não ocorre) e também porque os juízes ao adentrarem debates públicos sobre direitos controversos acabam por se distraírem das questões centrais que lhes são atribuídas.

Bradley Canon³⁰ anota que as discussões acerca do ativismo judicial tendem a ser ideológicas, o que é um problema. E muitas das críticas são centradas no argumento de ser um movimento ilegítimo (podendo haver até a crítica de que qualquer superação – *ouerrule* – de precedente importar em ativismo). Identifica, então, seis dimensões

²⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 42.

²⁹ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI in* Revista LTr n. 7, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015 p. 806.

³⁰ CANON, Bradley. *Defining the dimension of judicial activism*. 66 *Judicature* 236 (1983). HeinOnline.

do ativismo (majoritarismo, estabilidade interpretativa, fidelidade interpretativa, distinções no processo democrático em questões materiais, especificação de políticas e a decisão como alternativa ao processo político). E constata que o ativismo é um fenômeno multidirecional, sendo liberal ou conservador.

4 – A aplicação do conceito de processo estrutural e o ativismo em períodos de crise: riscos à segurança jurídica

O ativismo judicial, no contexto do pós-positivismo, pode ser definido como o paradigma que impõe uma postura mais positiva e construtiva na interpretação, segundo a qual os magistrados, notadamente se valendo de princípios abertos, como a igualdade, a dignidade ou a liberdade, acabam por afirmar sua concepção política sobre o direito.

No dizer de Maria Cristina Peduzzi, para o ativismo, “não há diferença entre o direito e política: assim como um deputado ou senador, o juiz é um agente político que decide questões judiciais com base em critérios estritamente políticos”³¹. E nessa linha, fundamentando sua posição muitas vezes em concepções sobre os princípios gerais do direito, ele pode se afastar das regras e princípios positivados e construir livremente sua interpretação, trazendo insegurança para os jurisdicionados e para o sistema como um todo. Elival da Silva Ramos, por sua vez, anota que o ativismo judicial pode ser conceituado “como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”³².

Também seguindo as constatações de Waldron, como a legislação tem perdido espaço na teoria jurídica para as decisões judiciais, enquanto não for resgatada sua dignidade, há uma tendência à transferência de credibilidade e de legitimidade para o Poder Judiciário. Natural, assim, que o ativismo e posições pró-ativas no sentido de formação de teses e afirmação de direitos ganhe espaço.

Por sua vez, o processo estrutural, como anotado, é um instrumento para que o Poder Judiciário possa exercer outros papéis fora do binarismo típico processual, realizando direitos fundamentais, políticas públicas, etc., e pressupõe a realização do contraditório e a legitimidade pela participação de terceiros.

³¹ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI* in Revista LTr n. 7, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015 p. 801.

³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 36.

Ele importa em repensar a clássica ideia de processo como meio de resolver um problema pretérito. Ao invés, propõe que o Judiciário avance e concretize direitos e políticas.

No processo estrutural, o Poder Judiciário adota um viés intervencionista relacionado a interesses públicos, quebrando a lógica clássica bipolar – numa concepção tradicional, vai para o lado do ativismo.

A possibilidade do ativismo, assim, na aplicação do processo estrutural, existe. Não necessariamente ocorre, mas o risco de o Judiciário extrapolar os limites tradicionais da sua função (divisão de competências entre os Poderes) é maior também em um processo estrutural.

Não se pode perder de vista que o processo estrutural surgiu não como uma concepção teórica, mas, ao contrário, como uma construção prática, com o objetivo imediato de municiar o Poder Judiciário americano de instrumento para resolver um problema prático, da realidade.

Após, veio a ser bem trabalhado pela doutrina.

Nesse contexto, o risco da sua aplicação indevida é real. Poder-se-ia imaginar que problemas concretos sempre podem ser resolvidos a partir da aplicação da ideia de um Judiciário atuante fora da concepção tradicional, notadamente interferindo em políticas públicas. Mas não deve ser assim.

A interferência constante pode trazer, além do desrespeito à divisão dos Poderes, insegurança para o campo jurídico. O decidir acerca de políticas públicas indiscriminado importa em pressupor que os magistrados são os melhores conhecedores de assuntos técnicos os mais distintos. Além de poder ocasionar o choque entre decisões das mais diversas cidades e órgãos judiciários.

Sobre a prudência do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas, recentemente, nos autos do agravo de instrumento número 5003393-49.2020.4.02.0000/RJ, o Desembargador do TRF da Segunda Região, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, deferiu liminar após as seguintes considerações:

“Diante da repartição de competências, constitucionalmente garantida, como corolário do Estado Federativo, e, tendo em vista, a prudência que o delicado momento exige, ante o novo cenário mundial, deve-se prestigiar, ao menos até o presente momento, a política pública eleita pelo município agravante, evitando-se que a intervenção do Poder Judiciário, que, por certo, não detém os conhecimentos técnicos acerca da melhor forma

de contenção da pandemia, impacte, de forma imprevisível e incalculável, o sistema de saúde municipal.”³³

O Ministro Luiz Fux, no mesmo sentido, em recente artigo:

“(...)Está na ordem do dia a virtude passiva dos juízes e a humildade judicial de reconhecer, em muitos casos, a ausência de expertise em relação à Covid-19.

É tudo novo para a Ciência, quiçá para o Judiciário. Nesse contexto, impõe-se aos juízes atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários nos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis ou imprevisíveis.

Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões passionais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta.

A novel figura do amigo da Corte (*amicus curiae*), que pode ser um cientista, um economista, um médico, foi incorporada ao novo Código de Processo Civil para coadjuvar os juízes e tribunais nas decisões que exigem conhecimentos que escapam à formação dos profissionais do Direito.

A participação desses experts é fundamental, na medida em que aqui e ali vislumbram-se decisões que apreendem máscaras e remédios, internam-se pessoas cujo tratamento deve ser caseiro, fadigando a disponibilidade de leitos hospitalares, impede-se a criação de postos próximos aos cidadãos para receberem o auxílio econômico governamental, entre outras.

Positivamente, não é hora do impulso imoderado, mas do raciocínio prudente, racional e consequencialista, sob pena de a Justiça, cujo o desígnio é dar a cada um o que é seu, transformar-se num paciente infectado por uma Covid que adoce a alma e a razão, ferindo de morte, a um só tempo, a vida dos que sofrem e a esperança dos que intentam viver.”³⁴

A concepção de processo estrutural, autorizando muitas vezes a participação do Poder Judiciário como ator principal em questões relativas a políticas

³³ No mesmo sentido, nos autos do processo 0077491-80.2020.8.19.0001, o magistrado Anderson de Paiva Gabriel, do TJRJ, adverte que “a judicatura contemporânea deve ser pragmática, atenta”ndo não só ao contexto em que uma decisão é proferida, mas também às consequências desta.

³⁴ https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-justica-infectada-hora-da-prudencia-24337119?utm_source=aplicativoOGlobo&utm_medium=aplicativo&utm_campaign=compartilhar

públicas, etc., na linha do exposto, gera o risco de um ativismo judicial indevido. A prudência dos magistrados na condução de processos em que em debate direitos amplos, políticas e saúde públicas deve ser ainda maior, notadamente em períodos de crises, quando confrontadas e questionadas decisões de órgãos do Poder Executivo que, a princípio, possuem competência para tanto.

Só a cautela e a prudência poderão reduzir os riscos de um ativismo e de uma má utilização de processos estruturais, em nome do valor fundamental da segurança jurídica.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- CANON, Bradley. *Defining the dimension of judicial activism*. 66 *Judicature* 236 (1983). HeinOnline
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O processo estrutural enquanto forma de objetivação e o ativismo judicial* in Revista de Processo RePro 297, de novembro de 2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. *Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público*. Brasília: Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./ mar. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação – Aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. California Law Review, Volume 92, Issue 5, October 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MEDEIROS JÚNIOR, LEONARDO. *Processo estrutural consequencialista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI in* Revista LTr n. 7, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015
- VIGO, Rodolfo L.. *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.